



Universidad
Zaragoza



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen elaborado por Andrea Jiménez Caja

*Con objeto de las causas de oposición al ejecutivo
hipotecario: la cláusula suelo.*

DIRECTOR: D. MIGUEL LUIS LACRUZ MANTECÓN

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

1. PROTAGONISMO SOCIAL
DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS
Y SITUACIÓN ACTUAL Pág. 3
2. LA REACCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA:
MOTIVOS DE OPOSICIÓN Pág. 6

II. LA CLÁUSULA SUELO

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Pág. 8
2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD:
ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA
NACIONAL Y EUROPEA. Pág. 11

III. DICTAMEN JURÍDICO

1. ANTECEDENTES Pág. 12
2. ARGUMENTOS JURÍDICOS
DE LA DEFENSA Pág. 16
3. SOLUCIONES Y POSIBLE
RESPUESTA DEL TRIBUNAL Pág. 23
4. CONCLUSIONES Pág. 25

IV. OTROS MOTIVOS DE OPOSICIÓN

1. CLÁUSULA DE
VENCIMIENTO ANTICIPADO Pág. 32
2. CLÁUSULA DE
INTERESES DE DEMORA Pág. 34

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BCE	Banco Central Europeo
Cc	Código Civil
CE	Constitución española
CEE	Comunidad Económica Europea
FJ	Fundamento jurídico
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. PROTAGONISMO SOCIAL DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS Y SITUACIÓN ACTUAL.

Hubo en nuestro país un crecimiento desorbitado del sector inmobiliario consistente en una época de compraventas masivas de bienes inmuebles, el denominado *boom* inmobiliario o burbuja inmobiliaria. Este desarrollo inducido desde los poderes públicos al sector de la construcción se basó fundamentalmente en el fomento de la adquisición de viviendas por particulares, los cuales inmersos en un clima de fiebre consumista, no reparaban en el elevado coste de las viviendas, financiando dicha compra a través de préstamos con garantía hipotecaria¹.

Los problemas se desencadenan cuando, al entrar en un período de recesión económica, los particulares no pueden hacer frente al pago del préstamo, de tal forma que las entidades de crédito comienzan a ejecutar las garantías hipotecarias; escenario éste preocupante desde un punto de vista social. Dada la importancia del asunto, se fueron sucediendo varias reformas legislativas² y proponiendo iniciativas legislativas populares.³ Como medida de alcance nacional destaca la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la cual conllevó la modificación de relevantes sectores de nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque para lo que aquí interesa, la reforma más trascendental fue la relativa a la regulación del procedimiento ejecutivo hipotecario, y más en concreto, a la incorporación de la posibilidad del cliente consumidor de hacer valer en el mismo el posible carácter abusivo de ciertas cláusulas del contrato. Todo ello fue fruto de la STJUE del caso Aziz⁴.

¹ M^a Teresa Alonso Pérez (dir.), *Vivienda y crisis económica*, Aranzadi, 2014.

² Las primeras medidas adoptadas son el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

³ Hubo una Iniciativa Legislativa Popular consistente en adoptar una Ley de regulación de la dación en pago, la paralización de los desahucios y el alquiler social. Proposición de Ley 120/000006. Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, 21 de diciembre 2012.

⁴ La STJUE, Sala 1^a, de 14 de marzo de 2013 «caso Aziz», viene a decir que la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria no permite controlar la presencia de cláusulas abusivas en el

Un análisis de esta época en la que se suscribieron numerosas hipotecas nos descubre, entre otras causas, un problema de falta de transparencia efectiva y de responsabilidad en todo el proceso de formación y perfección del contrato⁵; comenzando por una publicidad un tanto incompleta y engañosa, seguida de una escasa información precontractual acompañada de explicaciones poco claras y una pésima calidad en el asesoramiento del personal al frente de las entidades de crédito. A todo ello se suma la utilización de los contratos de adhesión oscuros y que son escenario óptimo para recoger un clausulado abusivo⁶.

Así, cuando los que habían contratado este tipo de préstamos hipotecarios se percataron de la inclusión de determinado clausulado que limitaba su posibilidad de beneficiarse de una posible –y casi segura- caída del EURIBOR, comenzaron a informarse acerca de la posible abusividad de dichas cláusulas. Por ello, de la mano de sus abogados procedieron a la interposición de múltiples demandas con la esperanza de cobrar todo lo que habían pagado de más, y lo más importante, de evitar la ejecución del bien inmueble.

A este respecto, el criterio de los tribunales ha sido la condena a la devolución de las cantidades cobradas de más por parte de las entidades de crédito, pero el *quid* de la cuestión es dar respuesta a: ¿desde qué momento?, es decir, determinar el *dies a quo* para conocer a partir de qué momento tienen derecho los clientes prestatarios a recibir las cantidades pagadas de más. Este es el denominado tema –y quizá el punto más polémico de este asunto- de la retroactividad, el cual será analizado de forma exhaustiva en las conclusiones del dictamen.

Tras esta introducción, veamos lo que opina la jurisprudencia. En la actualidad,

préstamo hipotecario en el momento adecuado para que los intereses del ejecutado, en cuanto consumidor, sean protegidos conforme a lo exigido por la Directiva reguladora de las condiciones generales de la contratación.

⁵ Estos problemas se exponen con claridad en COMISIÓN EUROPEA: Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación del impacto. Documento que acompaña a la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, Bruselas, 31 de marzo de 2011. Págs. 1-3.

⁶ HERNÁNDEZ SÁINZ, E, «El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios», en *Vivienda y crisis económica*, M^a Teresa Alonso Pérez (dir.), Aranzadi, 2014.

se sigue la doctrina del TS, que en su famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, ordenó a los bancos a eliminar de los contratos hipotecarios este tipo de cláusulas y a devolver a los clientes las cantidades cobradas de forma indebida, eso sí, con efecto retroactivo a la publicación de la mencionada sentencia.

Esta decisión, en la vía judicial significa dar la razón a los titulares de los préstamos hipotecarios, lo que hace que las entidades de crédito deseen sentarse a negociar con los clientes para alcanzar algún tipo de acuerdo extrajudicial, como más adelante se analizará.

Se ha mencionado *ut supra*, el tema que actualmente se debate es el de la teoría de la irretroactividad, pues choca con lo regulado en la ley, concretamente en el Código Civil. Sin embargo, el Alto Tribunal así lo ha decidido en aras, a lo que él considera, una garantía al orden económico social. Sin embargo, y como veremos más adelante, nos podemos encontrar hoy en día con resoluciones contradictorias, que no hacen más que quebrar el añorado principio de seguridad jurídica y sembrar un clima de descontrol y caos a este respecto.

A modo de resumen, destacar que fue durante la época de la burbuja inmobiliaria cuando se produjeron masivas compraventas de inmuebles, lo que como consecuencia lógica trajo la suscripción de numerosos contratos de garantía hipotecaria, en los que las entidades de crédito –para garantizar sus beneficios a largo plazo– introdujeron un clausulado, en concreto una cláusula limitativa del tipo de interés, la denominada cláusula suelo. Las cláusulas suelo aluden a disposiciones incluidas en contratos de préstamos hipotecarios a interés variable, mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable. Una cláusula tipo –la cual se suele insertar dentro de un clausulado denominado intereses– sería del siguiente tenor literal: « **En ningún caso el tipo de interés será superior al 9,500 por ciento nominal anual ni inferior al 4,000 por ciento nominal anual**».

Como se desprende de la anterior redacción, la cláusula suelo suele ir aparejada con la cláusula techo, dándose un aspecto de normalidad de cara al cliente pero ocultando la diferencia, en cuanto a efectos se refiere, de aplicar una u otra. Digamos que van unidas en «pack», y se presentan al consumidor como un todo, como que lo que tiene un tope máximo también lo tiene mínimo, cuestión de lógica; pero así como el techo no perjudica al cliente prestatario, el suelo sí lo hace puesto que el mismo no se ve beneficiado por la caída del tipo de referencia. Así, la crisis económica trajo

como consecuencia directa las diversas bajadas de los tipos de interés acordadas por el BCE lo que conlleva la caída del EURIBOR, el principal índice de referencia de las hipotecas de nuestro país.

Aquellos que habían suscrito un préstamo con garantía hipotecaria se dieron cuenta de que no se estaban viendo beneficiados de dicha bajada, pese a encontrarse el índice en mínimos históricos. Lo que ocurría es que la entidad bancaria les estaba aplicando un tipo fijo mucho mayor al del índice de referencia. Así fue cómo muchas personas se dieron cuenta de que su contrato incluía las denominadas “cláusulas suelo”, lo que ha llevado a la judicialización del asunto, mediante abundantes demandas, tanto a título individual como colectivo a través de asociaciones de consumidores. La inclusión de dichas cláusulas por parte de las entidades crediticias obedece a la necesidad de garantizar un rendimiento mínimo de esas hipotecas en un contexto de crisis económica.

Durante el año 2015 casi un 90%⁷ de las hipotecas firmadas en España se hicieron con un tipo de interés variable y de éstas, más del 90% están referenciadas al Euribor como índice de referencia. Esto ha dado fruto a la judicialización masiva, lo que conlleva el planteamiento simultáneo tanto de acciones individuales como colectivas. Este extremo ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria, y en el plano procesal, ha causado problemas de concepto en cuanto a la cosa juzgada, la litispendencia y la prejudicialidad civil.

2. LA REACCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: MOTIVOS DE OPOSICIÓN

Los motivos que el ejecutado tiene para oponerse al procedimiento ejecutivo están tasados en la LEC, concretamente en el artículo 695.1⁸. El ejecutado, en caso de

⁷ Según datos publicados por el Colegio de Registradores en su Anuario de 2015.

⁸ Artículo 695.1 de la LEC: « 1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de

que el tribunal no advierta de oficio la existencia de cláusulas abusivas, tiene la posibilidad de denunciarlas a través del incidente de ejecución a la oposición. Conforme a lo dispuesto por el artículo 695.1.4º de la LEC, no pueden invocarse como motivo de oposición cualesquiera cláusulas abusivas, sino que únicamente se podrán invocar aquellas que fundamenten la ejecución o determinen su alcance cuantitativo. No sería admisible por tanto hacer uso del incidente de la oposición para plantear una total revisión del clausulado de la escritura de hipoteca, pues contravendría la finalidad de la norma.

Los motivos de oposición consistirán en denunciar la existencia de cláusulas abusivas, recordando que éstas tienen el carácter de no negociadas individualmente y defendiendo su nulidad para conseguir la remoción de las mismas. Las cláusulas abusivas que existen en el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa y que vamos a poder denunciar son: la cláusula suelo –o denominada de una manera más formal, cláusula de límite a la variación del tipo de interés-, la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula de intereses moratorios. Es la primera de ellas en la que se centra el presente dictamen, analizando exhaustivamente las consecuencias de su aplicación y de la declaración de nulidad de la misma, sin perjuicio de un breve análisis final de las otras dos cláusulas.

A este respecto, la Jurisprudencia ha venido dando la razón a los clientes prestatarios por no haber observado las entidades de crédito los deberes de información y por no cumplir dichas cláusulas los requisitos de transparencia en la contratación. Así, el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 –una de las más importantes, si no la más, en este ámbito- establece las notas características que considera deben concurrir para considerar que no ha habido suficiente transparencia en el proceso de contratación, las cuales se analizarán detenidamente en el dictamen jurídico. Numerosos pronunciamientos judiciales han seguido esta misma línea⁹, reconociendo que los

ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

⁹ Tal doctrina fue posteriormente confirmada por el TS en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 25 de febrero de 2015 entre otras, reiterando todas ellas el especial requisito de transparencia que deben

clientes –en la creencia de estar contratando un préstamo a interés variable– sorpresivamente descubrían una cláusula que les impedía beneficiarse de las bajadas del índice de referencia y condenando por tanto a las entidades de crédito a abonar las cantidades indebidamente cobradas.

II. LA CLÁUSULA SUELO

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El contenido de los préstamos con garantía hipotecaria es generalmente predispuesto por las entidades financieras incluyendo en los mismos una serie de cláusulas como la cláusula suelo, la de vencimiento anticipado o aquella que fija el interés de demora. Es durante la época coincidente con la crisis económica cuando se comienza a cuestionar la legalidad de las mismas; concretamente cuando en el seno de un procedimiento ejecutivo, el particular ve coartada su posibilidad de impugnar su legalidad. Sin embargo, ya un poco antes del *boom* inmobiliario se empieza a examinar la legalidad de la cláusula suelo, ya que el EURIBOR –el tipo usado de referencia para establecer el interés del préstamo– descende notablemente y los particulares no pueden disfrutar de este abaratamiento debido a dicha cláusula¹⁰. El efecto de la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo, es impedir a los prestatarios beneficiarse del abaratamiento del crédito cuando se produce un descenso del índice de referencia por debajo del tope mínimo fijado para el interés remuneratorio. Hay que percatarse, por tanto, que el préstamo concertado a un tipo de interés variable se convierte en un préstamo a interés fijo, lo que hace más rentable económicamente el contrato de préstamo para la entidad financiera.

Así, las cláusulas suelo aluden a disposiciones incluidas en contratos de préstamos hipotecarios a interés variable, mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable. Se trata de condiciones que –aunque puedan presentar una redacción más o menos clara– se insertan entre grandes cantidades de datos dentro del capítulo

cumplir este tipo de cláusulas. En la misma línea, destacar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, nº11 de Madrid de 7 de abril de 2016.

¹⁰ ALONSO PÉREZ, M.T, «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados», en *Vivienda y crisis económica* Mª Teresa Alonso Pérez (dir.), Aranzadi, 2014.

dedicado al interés variable, provocando esto una menor atención por parte del consumidor debido a su redacción confusa y planteando un escenario que induce a error, pues aparenta que el tipo sería variable al alza y a la baja, cuando en realidad lo sería únicamente al alza debido a esa limitación contenida en dicha cláusula, lo que favorece –sin lugar a dudas- exclusivamente a la entidad de crédito.

Para poder considerar que la cláusula suelo es lícita deberemos comprobar si ésta cumple con los requisitos de transparencia, ver si su redacción es confusa y si se ha informado correctamente de las consecuencias que implica su inclusión. Sólo si se han cumplido dichos extremos podremos predicar su licitud. En términos generales, una cláusula no es transparente cuando o no está correctamente redactada o ésta es incomprensible, de tal forma que no permite conocer al destinatario ni su significado ni lo más importante, su alcance. La exigencia de claridad se desprende de lo previsto en el artículo 80 del TRLGDCU, pues no olvidemos que estamos dentro del ámbito del derecho de consumo¹¹ en tanto en cuanto el prestatario es una persona física que contrata con una mercantil, una entidad bancaria y por ello las relaciones jurídicas entre ambas partes van a estar regidas por la normativa del derecho de consumo siempre en aras de garantizar la igualdad entre la parte más débil y la más poderosa. En definitiva, se intenta garantizar que el consumidor preste un consentimiento libre y consciente, carente de vicios que puedan acarrear la nulidad de la cláusula examinando cada caso concreto¹²: redacción de la cláusula, ubicación en el contrato, nivel de formación del consumidor, conocimientos financieros, edad, profesión, etc. Se trata de comprobar si el cliente prestatario ha llegado a comprender el contenido de la cláusula suelo así como las consecuencias de su aplicación.

Actualmente, considero que dada la profusa y extensa regulación legal en torno a los deberes de información precontractual, va a ser cada vez más difícil reputar la falta de transparencia de la cláusula suelo con respecto a un caso concreto.

Por último, mencionar que es una práctica habitual la contratación de estos

¹¹ Quien contrata un préstamo hipotecario con garantía sobre su vivienda puede ser calificado como consumidor (sólo quedaría excluido de tal consideración si la vivienda tuviese como destino una actividad empresarial o profesional conforme a lo dispuesto por el artículo 3 TRLGDCU), de forma que le son de aplicación todos los mecanismos de protección referentes a la información precontractual, así como los relativos a los contratos con cláusulas no negociadas individualmente y a la nulidad de las cláusulas abusivas.

¹² En la STS de 9 de mayo de 2013 se enumeran las circunstancias que determinan el carácter no transparente de las cláusulas concretas que fueron objeto del litigio, las cuales se desarrollarán en el dictamen jurídico.

préstamos hipotecarios a través de las condiciones generales y por ello también resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Por cláusula no negociada se entiende aquella que se incluye en el contrato sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido, es decir, aquella cláusula predispuesta unilateralmente por una de las partes y aceptada por la otra que no haya querido o podido establecer negociaciones al respecto. Por ello, el régimen de la abusividad es típico de los contratos de adhesión. Así, el criterio que sirve para determinar cuándo una cláusula debe someterse al control de contenido no es tanto su carácter de no negociada, sino su predisposición. Para considerar abusiva una cláusula no sólo estaremos a los deberes de lealtad y honradez, sino que debe existir un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio del consumidor, desequilibrio no meramente económico sino jurídico, normativo o de posiciones contractuales conforme se desprende de los artículos 10 bis 1 y 10.1 c TRLGDCU.

En la práctica bancaria, los procedimientos de contratación mayoritariamente se traducen en formularios de contrato-tipo impresos por el banco, en el que constan una serie de condiciones generales o cláusulas predispuestas. Este hecho conlleva la posibilidad de que se impongan a la parte débil cláusulas abusivas o vejatorias, sin que el cliente tenga la efectiva posibilidad de eludir su aplicación más que dejando de firmar el contrato y si lo hace, quedando en una auténtica situación de desequilibrio frente a la parte predisponente¹³.

Conviene recordar en este punto lo manifestado por los Tribunales, en el sentido de que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin ninguna posibilidad de negociación por parte del consumidor. Por todo ello, el *quid* de la cuestión es la imposición del contenido¹⁴.

¹³ MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, autor-editor, Cádiz, 2002.

¹⁴ SÁNCHEZ – JÁUREGUI LÁZARO, M.A, «Cláusulas suelo y comisiones abusivas: Aspectos prácticos» en *Economist & Jurist*, Vol.24, Nº 200, 2016, págs. 34-40.

2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD

Tanto si optamos por la abusividad de la cláusula como si consideramos que ha existido una falta de transparencia, el resultado es que la cláusula se considera nula. Digamos que las consecuencias jurídicas que la ley contempla para uno y otro supuesto son casi idénticas: la cláusula desaparece del contrato manteniendo éste su eficacia siempre que sea posible.

No es requisito para la nulidad que la cláusula se haya aplicado efectivamente, sino que cabría instar la nulidad por abusiva de dicha cláusula incorporada en los actuales préstamos hipotecarios, sin necesidad de esperar a que alcance operatividad práctica, tal y como señala el ATJUE de 11 de junio de 2015: «las prerrogativas del juez que constata la existencia de una cláusula que tenga el carácter de abusiva no pueden quedar supeditadas a que la misma se aplique o no en la práctica¹⁵».

2.1 Estudio de la Jurisprudencia Nacional

Las cláusulas suelo han sido –y son- objeto de numerosos y continuos pronunciamientos judiciales, siendo el de más trascendencia –a nivel nacional- la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013. Posteriormente, el TS va a confirmar su doctrina en los siguientes pronunciamientos, doctrina que va a ser expuesta a lo largo del trabajo sobre todo en lo relativo a los efectos retroactivos de una posible declaración de nulidad.

2.2 Estudio de la Jurisprudencia Europea

Sin duda, el TJUE desempeña una importantísima labor a la hora de dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales nacionales; de este modo, son muy numerosas –y de gran interés- las sentencias o autos dictados por el Alto Tribunal europeo en vía prejudicial.

Los tribunales españoles han cuestionado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el punto de provocar una reforma legislativa histórica en la LEC¹⁶

¹⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, D, «Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios» en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero 2016, págs. 3-17.

¹⁶ ORDOÑEZ SOLÍS, D, «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en *Cuadernos europeos de Deusto*, Nº 54, 2016, pág. 287.

como consecuencia de la sentencia Aziz y canalizada dicha reforma a través de la Ley 1/2013 de protección al deudor hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social.

Como se ha mencionado anteriormente, son numerosas las cuestiones prejudiciales que se han planteado ante el TJUE, pero a mi juicio, las que despiertan un mayor interés son aquellas que tratan sobre la limitación en el tiempo de las cláusulas abusivas. En el mes de julio del presente año se han presentado cuatro nuevas peticiones prejudiciales por las Audiencias Provinciales de Alicante, Castellón y Zamora en este sentido. La cuestión que todas ellas plantean es si la retroactividad limitada en el tiempo es conforme a la Directiva 93/13 y si los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad deben retrotraerse a la fecha de celebración del contrato o a una fecha posterior, tal y como apunta el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Aunque es la Audiencia Provincial de Zamora quien de una forma más directa cuestiona si la doctrina del Tribunal Supremo no provoca un enriquecimiento injusto a favor del banco y si el riesgo de trastornos graves a la economía nacional es aplicable a una acción individual entablada por un consumidor.

III. DICTAMEN JURÍDICO.

OPOSICIÓN A EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don J.A. NAVALÓN y D^a M.P. AMADO son personas físicas, mayores de edad, que suscribieron para su exclusivo uso y en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional, un contrato de préstamo hipotecario ante notario con la mercantil ejecutante –Ibercaja- en fecha de 28 de diciembre de 2011, constituyéndose la hipoteca sobre un piso sito en un municipio de la provincia de Zaragoza destinado a vivienda. En dicho contrato consta que la entidad bancaria entregó en concepto de préstamo la cantidad de 119.000 € y se pactó que la devolución del préstamo se realizaría en veinticinco años desde el otorgamiento de la escritura, mediante 300 pagos mensuales comprensivos de amortización de capital e intereses que al tipo inicial supondrían 648,20 € cada uno.

SEGUNDO.- Por la entidad bancaria se fija un interés remuneratorio fijo de un año al

tipo del 5,250 por ciento anual y transcurrido dicho año para cada año sucesivo el EURIBOR incrementado en 1,50 puntos porcentuales, con tasas de bonificación pactadas por la contratación de determinados productos hasta un máximo de 0,40%.

Además, se incorpora una cláusula limitativa del tipo de interés: «Límite a la variación del tipo de interés: en ningún caso el tipo de interés será superior al 9,500 por ciento nominal anual ni inferior al 4,000 por ciento nominal anual».

También se conviene que la mora de los prestatarios en el pago de intereses o cantidades destinadas a amortización, producirá a favor de la entidad acreedora un interés del 19 % anual.

Así mismo, en la citada escritura, se pacta que serán de cuenta de los prestatarios, entre otros, los gastos y costas a que diere lugar el incumplimiento de sus obligaciones, incluso honorarios y derechos de Abogado y Procurador si de ellos se valiere la entidad de crédito.

Se incorpora una cláusula de vencimiento anticipado por la que la falta de pago de cualesquiera de los pagos estipulados de intereses o amortización, daría lugar a que la entidad acreedora –además de en otros supuestos- pudiera considerar vencida la deuda en su integridad y reclamar lo que adeudare los prestatarios a través del procedimiento judicial o extrajudicial que considere oportuno. La dicción literal de la misma es la siguiente: «Dará derecho a la entidad acreedora a considerar vencida la deuda en su integridad, exigir el reembolso de las cantidades que se adeuden en tal momento, y ejercitar las acciones que nacen de la presente escritura o de cualquier otra índole que le correspondan en los siguientes casos:

- a) La falta de pago a sus vencimientos de cualesquiera cantidades estipuladas de intereses o amortización, en la forma pactada, solicitando expresamente las partes la inscripción de este pacto en el Registro de la Propiedad [...]».

TERCERO.- Mis mandantes se han visto incapaces de afrontar el pago de las cuotas de dicho préstamo en los últimos meses, por lo que la entidad bancaria X -en aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado y ante lo que ella considera un reiterado incumplimiento en las obligaciones de pago- ha dado por vencido el préstamo en su totalidad y por tanto ha presentado demanda de ejecución hipotecaria, a la cual mis

clientes se oponen, por considerar que no procede dicha ejecución por la posible declaración de abusividad de ciertas cláusulas, en concreto la cláusula suelo inserta en el contrato, pudiendo llegar a ser dicha cláusula la propia causa del impago.

CUARTO.- Que en el contrato de préstamo hipotecario en ningún momento se destaca la cláusula suelo como un elemento principal y definitorio del contrato y en ningún momento reciben mis clientes simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés, ni se les aporta información previa, clara y comprensible atendiendo a su perfil sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo.

QUINTO.- Interesa al derecho de esta parte que por el Juzgado se declare la nulidad de las cláusulas indicadas, y en consecuencia ordene a la entidad ejecutante devolver las cantidades que en su caso hubiera percibido como consecuencia de la aplicación de aquellas.

2. OBJETO

El presente dictamen jurídico tiene por objeto analizar las causas -que desde el punto de vista de la defensa u oposición-, podemos aducir en concepto de fundamentos jurídicos para oponernos a la ejecución hipotecaria, persiguiendo el sobreseimiento de la ejecución y la declaración de nulidad de ciertas cláusulas, con especial atención a la cláusula suelo.

3. ESTRATEGIA

Lo más habitual en estos casos es tener ante nosotros un perfil de cliente endeudado o con serias dificultades para afrontar el pago de la hipoteca, quien nos presentará una escritura o un documento bancario repleto de cláusulas que nunca llegó a leer.

Lo primero que haremos como abogados será estudiar detenidamente los extractos de su cuenta bancaria, en los que podremos observar cómo -debido a la falta de pago del préstamo hipotecario- se van cargando en su cuenta elevados importes en concepto de intereses de demora, comisiones por descubierto, etc. Esto muestra que el

cliente está inmerso en una difícil situación. Debemos ser conscientes de su situación antes de nada, para posteriormente ayudarle a través de dos posibles vías: la extrajudicial mediante la negociación o la vía judicial.

Como letrado, la estrategia judicial consiste en demostrar la abusividad de determinadas cláusulas como la cláusula suelo, la cláusula de vencimiento anticipado, etc. Y que por tanto, se produzca el sobreseimiento de la ejecución. El cauce procesal será el Juicio Ordinario, siendo los Juzgados Civiles competentes para las reclamaciones individuales, y los mercantiles para las colectivas.

Otra estrategia, y previa a la vía judicial, sería la negociación con el banco. Se trata de una vía extrajudicial que consiste en negociar con la entidad de crédito con el fin de que eliminen la cláusula suelo. La propuesta del banco suele consistir en eliminar dicha cláusula hasta la finalización del préstamo hipotecario, pero a cambio, deberemos renunciar a la reclamación retroactiva de la cantidad en vía judicial. Otra de las propuestas por parte de los bancos es la suspensión de la cláusula suelo por un tiempo a cambio de que el cliente renuncie a cualquier tipo de reclamación futura.

Es aquí donde cobra sentido la labor del abogado, pues éste debe hacer números, y explicarle al cliente qué vía –o acuerdo- le compensa más. En la mayoría de los casos, deberemos aconsejarle que renuncie a cualquier acuerdo con el banco¹⁷ ya que en la vía judicial tiene una elevada probabilidad de éxito y está abierta la posibilidad de que se condene a las entidades de crédito a abonar las cantidades cobradas de más con efectos retroactivos al momento de la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, lo que hace más atractivo –sin lugar a dudas- el escenario judicial¹⁸.

¹⁷ Tal y como opina Ramiro Navarro en su blog jurídico: El blog del derecho. Ramiro Navarro, www.ramironavarro.com, consultado el 2 de noviembre de 2016.

¹⁸ A modo de curiosidad, fue el pronunciamiento de la sentencia Aziz (STJUE, C-415/11. La Ley 7255/2013) el que motivó la modificación de los artículos de la LEC relativos al procedimiento de ejecución, introduciendo en el apartado 1 del art. 695, la posibilidad de que el ejecutado formule oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria basándose en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución.

4. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA OPOSICIÓN

4.1 La configuración de la cláusula suelo

En relación a esta cuestión en la escritura se recoge como CLÁUSULA QUINTA, concretamente en el apartado en que menciona los límites máximos y mínimos del tipo de interés: «En ningún caso el tipo de interés será superior al 9,500 por cierto nominal anual ni inferior al 4,000 por cierto nominal anual». Esto último constituye una auténtica cláusula suelo, pues en caso de que el tipo de interés fuese inferior al 4 por ciento, se aplicaría ese 4 por cierto».

En este ámbito resulta *quasi* obligatorio acudir a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cual analiza las cláusulas suelo de préstamos con garantía hipotecaria de determinadas entidades bancarias. Se procede a adjuntar los extractos más relevantes de dicha sentencia a continuación.

En primer lugar, la existencia de un suelo constituye sin duda un elemento esencial del contrato, lo cual implica la necesidad de su conocimiento adecuado por el consumidor contratante. En segundo lugar, la sentencia indica que debe analizarse si ha existido transparencia en la contratación. Las notas características que el Alto Tribunal consideró debían concurrir para considerar que no ha habido suficiente transparencia en el proceso de contratación son:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En el momento de la contratación del préstamo con garantía hipotecaria no se informó a mis clientes adecuadamente de este extremo, y por tanto no se dio cumplimiento del requisito de la transparencia. A mayor abundamiento, en el contrato de préstamo hipotecario no se destacaba tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato y en ningún momento se efectuó simulación alguna de escenarios que pudieran producirse en relación con al comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

La falta de transparencia, señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid de 7 de abril, «frustraba las expectativas de los hipotecados, puesto que al creer que suscribían un préstamo hipotecario a interés variable descubrían sorpresivamente una cláusula que les impedía beneficiarse de las bajadas registradas en este índice de referencia».

Menciona la anterior resolución que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que el prestatario sea consciente de que lo que ha contratado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

En nuestro caso, -tal y como se deriva de lo anterior- no podemos predicar la licitud de la cláusula, sino todo lo contrario, declarar su nulidad. Se trata de un perfil de contratante no profesional, y por tanto protegido, que obtuvo el préstamo en unas circunstancias personales y económicas complicadas en el seno de una crisis económica, circunstancias que la ejecutante conocía a la perfección.

4.2 Error incidental como vicio del consentimiento y el principio de buena fe.

Nos encontramos en el plano de los vicios del consentimiento¹⁹; se dice que la voluntad se ha formado viciosamente, cuando en tal formación intervino un elemento – error-vicio-, cuya intervención el Derecho considera inadmisibile. El error, tal y como

¹⁹ Artículo 1265 CC: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo».

indica Albaladejo²⁰, provoca discrepancias entre la declaración y la voluntad -este sería el caso del error obstativo-. Sin embargo, en el error vicio éstas coinciden, pero la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía a la realidad y tal voluntad no se habría formado de haber conocido la verdad. Conceptualmente el error vicio funciona como motivo que determina la formación de la voluntad.

La definición del error la encontramos en el Código Civil, concretamente en el artículo 1266²¹. El término error se relaciona con el término común de equivocación, o lo que es lo mismo, con una falsa representación mental –subjetiva- de algo. El error es definido por la doctrina como la falsa representación o el equivocado conocimiento de la realidad de las cosas que conduce a quien yerra a emitir una declaración, que en otro caso, no hubiese hecho²².

El precepto citado anteriormente regula los requisitos que deben concurrir para que el error prive de eficacia al contrato. Así, según el art. 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Son dos notas las que debe reunir el error para invalidar el contrato: que éste sea esencial y que se trate de un error excusable. Debe existir también un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato, hay que probar que el error es determinante. Es decir, si no hubiera habido error, el contrato no se hubiese celebrado. En nuestro caso deberemos probar que de haber conocido el cliente la trascendencia de la inclusión de un suelo, no habría suscrito ese contrato de préstamo hipotecario.

En nuestro caso estaríamos frente a un error parcial puesto que el error relativo

²⁰ ALBALADEJO, M, *Derecho civil I: Introducción y Parte General*, Vol. I, Edisofer, 2009.

²¹ Artículo 1266 CC: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo [...] ».

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C (coord.), *Curso de Derecho Civil II. Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Vol. I, 4ª edic., Colex, agosto 2016.

a la inclusión de la cláusula limitativa, no alcanza a toda la declaración, sino a parte de ella. Aunque el error sea parcial, puede ser esencial; cosa que depende de si la declaración, en su conjunto, se habría emitido o no de haber conocido exactamente la parte de la realidad sobre la que se erró. Y esto es exactamente lo que ocurre aquí, puesto que pese a tratarse de un error parcial, éste es determinante ya que los clientes casi seguro no habrían suscrito ese préstamo hipotecario de haber conocido la trascendencia de la aplicación de la cláusula suelo.

Sin duda, el error guarda estrecha relación con el principio de buena fe, que en el ámbito de los contratos bancarios se traduce en un deber previo de información. Para entender en qué consiste la obligación de información que tienen las partes antes de celebrar un contrato, hay que acudir al TRLGDCU, concretamente al artículo 17.1²³ para ver en qué consiste tal obligación. De esta disposición se deduce que las partes integrantes en el proceso de formación del contrato deben conocer exactamente su contenido, los elementos principales y ser conscientes de que son libres para prestar su consentimiento. El contratante que ofrece un producto o servicio al consumidor, está obligado a informar sobre el contenido de la oferta que ha confeccionado de forma unilateral, de tal manera, podemos deducir que de las cláusulas que no se informe, el consentimiento sobre ellas no existe y puede ocasionar la nulidad.

El deber de información debe cumplir un requisito principal, es el principio de buena fe, el cual requiere un comportamiento honesto y leal por el que deben regirse las partes del proceso contractual, y pretende asegurar la integridad, exactitud y libertad del consentimiento que se vaya a emitir. Este principio se considerará vulnerado cuando una de las partes contratantes oculte o altere información a la otra y su consentimiento hubiere sido diferente al emitido bajo esas circunstancias. La información proporcionada al usuario debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación.

Por todo lo anterior, y en el caso objeto de análisis, se pone de manifiesto que la existencia de la cláusula suelo causó un error en los prestatarios, los cuales no eran

²³ Art. 17.1 del TRLGDCU: «Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado».

conscientes de que esa cláusula estaba limitando su posibilidad de beneficiarse de la caída del EURIBOR lo que se traduciría en el pago de un interés mínimo, un tope, ese denominado «suelo». Hubo una absoluta y total falta de información, o más bien, una ocultación de la misma, el cual se traduce en presentar la cláusula suelo como el correlativo de la cláusula techo, como si de una exigencia lógica se tratase. Las entidades financieras las presentaron en «pack», por lo que los consumidores no son conscientes de las consecuencias de su inclusión, ni mucho menos el agravio que les supone estar pagando un tipo de interés mínimo. En definitiva, el cliente consumidor no le da la importancia que merece porque se la presentan aparejada al techo (suelo/techo) y *a priori* parece una disposición totalmente normal e inocua.

Por último, mencionar que ambas vías –tanto la de la abusividad por falta de transparencia o por su carácter abusivo, como la del vicio en el consentimiento- tienen los mismos efectos, los cuales consisten en reputar nula la cláusula, lo que no significa anular la totalidad del contrato, sino que hablamos de una nulidad parcial.

Tras la anterior argumentación, debemos recalcar que la consecuencia jurídica prevista para el caso de que concurrieran todos los requisitos del error para viciar la voluntad sería la anulación del contrato, pero este remedio no remedia, valga la redundancia, sino que al anularse el contrato el prestatario –nuestros clientes- se verían obligados a restituir el préstamo recibido de una sola vez. De ahí que no sea prudente recomendar esta vía cuando el consumidor no está capacitado para devolver todo lo que le fue prestado pero sí puede continuar pagando los diferentes plazos de su deuda.

En definitiva, en cuanto a las formas de resolver esta cuestión, la diferencia entre la vía de los vicios del consentimiento y la falta de transparencia de la cláusula, es que la primera conlleva como norma general la anulación del contrato (pese a que podría intentarse una anulación parcial que recaiga sobre la cláusula en cuestión) mientras que la segunda permite invalidar sólo la cláusula controvertida.

4.3 Efectos de la nulidad de la cláusula suelo

A) La devolución de cantidades indebidas

Como efectos de la acción de nulidad de la cláusula, entendemos que se debe condenar a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en

virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del artículo 1303 del Código Civil y 83.1 del RDL 1/2007, LGDCU.

En absoluto interesa a esta parte la ineficacia o resolución del contrato, pues los clientes se verían obligados a la devolución de todo el nominal del préstamo de golpe. Lo que se pretende es una nulidad parcial, de la cláusula en sí, eliminar ese «suelo» y que con ello se devuelvan las cantidades abonadas en exceso consistentes en la diferencia existente entre el tipo de interés pactado y el que haya sido satisfecho en aplicación de las cláusulas litigiosas, con los intereses que legalmente correspondan desde que se hubiesen abonado.

Ello se solicita con efectos retroactivos al día en que se formalizó el préstamo hipotecario, en tanto en cuanto lo que se persigue en una **restitución íntegra de lo que se ha pagado de forma indebida**. Se trata como señala el TS²⁴ «de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el incumplimiento de la prestación debida por el adherente».

B) La retroactividad de la devolución

En cuanto a la retroactividad, -y una vez declarada la nulidad de las cláusulas abusivas-, debemos preguntarnos desde cuándo podemos exigir las cantidades pagadas de más. Es cierto que tanto la doctrina como nuestro ordenamiento jurídico señalan que la nulidad del contrato tiene siempre efectos retroactivos al momento inicial, conforme a la máxima clásica *quod nullum est nullum effectum producit* tal y como reconoce el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2015. No obstante, en dicha sentencia se argumenta que esa regla general de ineficacia puede tener alguna excepción, siguiendo el hilo argumentativo de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

En esta última sentencia, el TS optó por una posición –tan polémica como clara- la de afirmar la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada en aras de la seguridad jurídica, por estimar que «la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico». Digamos que esta excepción a la regla general –la retroactividad- la fundamenta el Alto Tribunal en

²⁴ STS 118/2012, de 13 de marzo.

principios como la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que pueden afectar al orden público económico.

Esto se traduce en que el efecto restitutorio de las cantidades ya abonadas de más, en virtud de las cláusulas declaradas nulas por falta de transparencia se podrá producir desde la fecha de publicación de la referida sentencia, es decir, desde el 9 de mayo de 2013. Esta postura ha sido clarificada por la STS de 25 de marzo de 2015²⁵.

4.4 En relación al proceso ejecutivo: el sobreseimiento.

Conforme al artículo 695 de la LEC, en caso de estimarse la causa, el efecto es el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución.

La declaración de nulidad de las cláusulas de pacto unilateral de liquidez saldo deudor, vencimiento anticipado, cláusula suelo e intereses moratorios, debe determinar el sobreseimiento del procedimiento, puesto que el fundamento de la ejecución se basa en unos cálculos amparados en cláusulas que deben ser tenidas por no puestas y que inciden expresamente y de forma desproporcionada en la cuantía reclamada. A tal efecto, nos encontraríamos ante una deuda no vencida ni todavía exigible.

Con carácter subsidiario de lo citado *supra*, para el caso de procederse al estudio de la nulidad de las cláusulas denunciadas por abusivas, esta parte solicita la suspensión de la ejecución hasta la resolución del incidente según el artículo 695 LEC.

La Jurisprudencia entiende que el sobreseimiento se reserva a los supuestos en los que la cláusula suelo fundamenta la ejecución, y no cuando lo que hace es determinar la cantidad exigible, en cuyo caso debería continuarse con la ejecución. Estos dos supuestos –el de cuando es fundamento de la ejecución o cuando determina únicamente la cantidad exigible– son realidades próximas, con una línea de separación casi invisible, por lo que deja en manos del juzgador la decisión de si continuar –o no– con el

²⁵ Dicha sentencia expone lo siguiente: « Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia 9 de mayo de 2013».

procedimiento de ejecución.

5. SOLUCIONES Y POSIBLE RESPUESTA DEL TRIBUNAL

El posible fallo o parte dispositiva de la resolución judicial, podría consistir en:

5.1 Desestimación de la oposición

En caso de que el tribunal, en su resolución, la cual adoptará la forma de auto, no acepte los motivos de oposición y por tanto desestime el carácter abusivo de la cláusula, se declarará procedente que la ejecución siga su curso por la cantidad que se hubiese despachado. En el propio auto se ordenará el alzamiento de la suspensión acordada y se condenará en las costas del incidente al ejecutado, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho²⁶. Si no estamos de acuerdo, acudiremos a segunda instancia a través del sistema de recursos que contempla la LEC.

En este punto resulta interesante traer a colación la desigualdad existente entre consumidores y profesionales en cuanto a las posibilidades de recurrir en apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria²⁷. El ejecutado puede recurrir en apelación la resolución por la que se desestima la oposición a la ejecución, únicamente cuando el juez de primera instancia no haya acogido la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo. En cambio, el ejecutante puede interponer recurso de apelación contra cualquier resolución que ordene el sobreseimiento de la ejecución, con independencia de cuál sea la causa de oposición en la que se base.

5.2 Estimación parcial de la oposición

Este sería el supuesto en que el tribunal estimase nuestros motivos de oposición y por tanto condenase a la entidad de crédito a devolver las cantidades cobradas de más pero con una retroactividad limitada –o retroactividad media- a la fecha de publicación de la famosa sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. En este caso tendríamos que valorar la cuantía a la que se condena y ver si compensa a nuestro cliente, en cuyo caso nos conformaremos con lo ya obtenido. En caso de considerarla

²⁶ Artículo 561.1.1ª LEC en relación con el art.394.1 LEC.

²⁷ Auto del TJUE de 16 de julio 2015, C-539/2014. La Ley 123768/2015.

insuficiente, prepararemos el recurso de apelación haciendo hincapié en la teoría de la retroactividad total, abogando por la restitución plena de todo el daño, con efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato como muestra la doctrina en cuanto a los efectos de la nulidad contractual.

También se trataría de una estimación parcial si el tribunal, pese a haberse impugnado una pluralidad de cláusulas, sólo considere una o alguna de ellas abusivas, pero no todas. En este caso no se condenará en costas a ninguna de las partes, salvo que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, tal y como indica el art. 394.2 LEC.

5.3 Estimación total de la oposición

Sin duda, este sería el mejor de los escenarios posibles para las pretensiones de nuestros clientes. Sería el supuesto en que el auto estimase la abusividad de la cláusula y ésta constituya el fundamento de la ejecución, en cuyo caso se acordará el sobreseimiento del proceso *ex art.* 695.3 LEC. En lo referente a las costas, y ante la falta de previsión expresa en sede de ejecución hipotecaria, se estará a lo dispuesto en el art. 561.2 *in fine* de la LEC, que ordena se impongan al ejecutante.

Una vez se tiene en mano una resolución judicial que estima totalmente los motivos de oposición, y por tanto condena a la entidad de crédito a abonar todas las cantidades cobradas de más desde el momento de la suscripción del contrato de préstamo hipotecario y dicta el sobreseimiento del proceso ejecutivo, resulta mucho más fácil y exitosa la negociación con el Banco pudiendo negociar una novación contractual del préstamo hipotecario con unos plazos nuevamente pactados que sin duda beneficien al prestatario.

Por último, si el auto estima la abusividad de la cláusula y ésta únicamente afectaba a la cantidad exigible, se reanudará la actividad ejecutiva pero inaplicando la cláusula de que se trate, con la consiguiente minoración de la deuda por la que se despachó ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 695.3 LEC. En este punto es importante destacar que el juez no tiene facultad para integrar o moderar el alcance de dicha cláusula, sino que tiene que limitarse a inaplicarla tal y como se deduce de la interpretación de la jurisprudencia comunitaria²⁸, que viene a decir que el contrato debe

²⁸ Se trata de la trascendental STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto).

subsistir sin otra modificación que la resultante de suprimir las cláusulas abusivas, siempre que tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. En esta línea, señala Carrasco Perera²⁹ que esta doctrina está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime y no se sustituye, modera ni reconduce a lo justo, el empresario sufre un impacto *in terrorem* que de otra forma se ahorraría.

6. CONCLUSIONES

6.1 Teoría de la retroactividad

Sin duda, la sentencia de 9 de mayo de 2013 ha generado mucha controversia y ha planteado además nuevas incertidumbres y dilemas, además de no dejar demasiado claro el alcance de sus efectos a terceros no intervinientes en el proceso, pues la recurrente no interesó su eficacia *ultra partes* tal y como interesan los artículos 221 y 222.3 de la LEC. El TS declaró, como ya se ha mencionado a lo largo de la exposición, la irretroactividad de su Sentencia y tal doctrina ha sido confirmada en sus posteriores pronunciamientos³⁰.

Resulta indudablemente interesante, a mi parecer, el voto particular suscrito por el magistrado Orduña Moreno en la Sentencia del TS de 25 de marzo de 2015, en tanto en cuanto discrepa de la argumentación utilizada para defender la retroactividad limitada a la fecha de 9 de mayo de 2013 en aras de la seguridad jurídica. A dicho voto particular se adhiere el magistrado O'Callaghan Muñoz. Comparto totalmente la argumentación esgrimida por ambos, puesto que –pese a la importancia del orden económico– en este tipo de procesos lo que debe primar es la total reparación a los consumidores, primando los derechos básicos reconocidos a éstos.

²⁹ CARRASCO PERERA, A. «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p.145.

³⁰ VÁZQUEZ MORAGA, Y, «A vueltas con las cláusulas suelo. Reflexiones en torno al acuerdo de los magistrados de lo mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014», en *Economist & Jurist*, Vol.23, Nº 188, 2015, págs. 30-35.

Aquellos que defienden la irretroactividad alegan, como ya he mencionado, principios tales como la seguridad jurídica y el orden público³¹, pero ¿acaso no constituye una cuestión de orden público amparar a los consumidores afectados por cláusulas abusivas?

No podemos anteponer razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente todas las prestaciones – tal y como reza el artículo 1303 CC-, y además siendo que lo que estaríamos haciendo sería anteponer dichas razones económicas a la aplicación de la ley, dejando de lado a la parte más débil –el consumidor-, el cual se halla protegido por la legislación actual entendiendo que es merecedor de una mayor protección que garantice el equilibrio entre las partes contratantes³².

Es más, cuando realmente se estaría infringiendo el principio de seguridad jurídica sería si –a pesar de declarar la nulidad de dicho clausulado- no se aplicara lo dispuesto en el artículo 1.303 CC. Precisamente, lo que garantiza una seguridad jurídica, es el cumplimiento y aplicación de la ley.

A este respecto, señala la doctrina que el contrato o acto nulo –en este caso la cláusula en cuestión- no produce efecto alguno (*quod nullum est, nullum effectum producit*) y, por eso, si eventualmente el mismo hubiese ocasionado desplazamientos patrimoniales u otra clase de consecuencias, las mismas habrán de deshacerse volviendo las cosas a la situación que tenían, como si aquéllos nunca hubieran existido³³. Esto pone de manifiesto que el efecto de la nulidad de la cláusula suelo no puede limitarse en el tiempo, sino que si la cláusula es nula, lo es desde que se suscribió el contrato donde ésta viene inserta.

En este mismo sentido, los magistrados que suscriben el voto particular³⁴ en la STS de 25 de marzo de 2015, vienen a decir lo siguiente: «la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la

³¹ «Posible riesgo de trastornos graves o sistémicos en las entidades financieras». FJ 2º del voto particular.

³² PAÑOS PÉREZ, A, «La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo» en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 755, 2016, págs. 1315-1334.

³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C (coord.), *Curso de Derecho Civil II. Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Vol. I, 4ª edic., Colex, agosto 2016.

³⁴ FJ 4º.

retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión». En consecuencia, consideran que «será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula» En esta línea, será precisa una fundamentación técnica *ad hoc* que examine la naturaleza y especificidades del caso concreto, y más teniendo en cuenta que la razón de la limitación no es otra que el posible riesgo de trastornos graves o sistémicos en las entidades financieras, trastornos que a día de hoy se podría debatir acerca de su subsistencia visto el saneamiento financiero efectuado.

Por tanto, esta restitución plena en absoluto es algo descabellado, pues no debemos olvidar que el perjudicado es el prestatario que, sin ser consciente, se ha visto privado de la posibilidad de beneficiarse de la bajada del tipo de interés por tener incluida en su contrato una cláusula limitativa. Así, el prestatario cuando se sumerge en un procedimiento judicial, lo que está buscando es ver reparado todo el daño, o lo que es lo mismo, que se le devuelva todo el dinero que, como consecuencia de un incumplimiento por parte de la entidad de crédito, ha pagado de más.

Además, el artículo 1902 del CC –la responsabilidad civil extracontractual- aboga por la reparación de todo el daño cuando intervenga culpa o negligencia, lo que implica la devolución de todos los intereses cobrados de más en el seno del contrato de préstamo hipotecario.

Este asunto guarda una estrecha relación con la prohibición de la usura. Los intereses elevados históricamente no siempre han tenido buena prensa. El Derecho canónico los prohibió, en general, por considerarlos pecaminosos, quedando la profesión de prestamista «a usuras» (una desgracia) para los judíos³⁵. La ley de 23 de julio de 1908 (ley AZCÁRATE), para la represión de los préstamos usurarios, incorporó un sistema que permitía declarar nulo el contrato cuando concurrieran las circunstancias

³⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos del Contrato. Obligaciones y contratos*. Vol II, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 173.

señaladas en el artículo 1 de dicho cuerpo legal, el cual dispone: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales [...]».

Con estas argumentaciones, debería condenarse a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades percibidas de forma indebida desde el momento de la perfección del contrato como consecuencia de la aplicación de las cláusulas abusivas. Recordemos que la irretroactividad –o retroactividad con efectos limitativos- no es compatible con las exigencias naturales de la nulidad contractual. En este sentido, se pronunció la Comisión Europea en su escrito técnico³⁶, el cual remitió al Tribunal de Justicia de la UE, defendiendo la retroactividad absoluta desde la fecha de firma del contrato. La decisión, que va en contra de lo resuelto por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, no es vinculante para el TJUE, quien puede seguir dicha línea o apartarse de ella.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, nº2³⁷, resulta de especial interés en tanto en cuanto alerta de que aplicar la irretroactividad –por la cual aboga el TS- supondría un incentivo para que los bancos sigan incorporando la cláusula suelo en sus contratos puesto que les permite obtener un mayor y exponencial beneficio económico durante el tiempo que va desde que los afectados se percatan hasta que acuden a los tribunales y se declara nula. A mayor abundamiento, este Juzgado no entiende que exista un grave trastorno económico, tal y como indica el TS. Esta resolución hace referencia a la ya tratada sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, señalando que: «La razón fundamental y primordial para estimar la procedencia de la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la

³⁶ El informe de la Comisión Europea responde a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil de Granada tras una demanda contra BBK-Cajasur de un particular afectado por suelo hipotecario ante el Tribunal de Justicia de la UE. Este organismo será el encargado de tomar la decisión definitiva sobre el caso, y el informe de la Comisión, aunque no tiene validez jurídica como tal, podría influir en la futura sentencia que dictará el Alto Tribunal.

³⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, nº 2, 27 de abril de 2015.

cláusula suelo, tiene como premisa que en el presente procedimiento no solo estamos actuando como juez nacional, sino precisamente como juez comunitario, garante del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía».

De forma paradójica, el TS ha provocado el efecto contrario a su añorada seguridad jurídica, ya que no hay nada que provoque mayor inseguridad que la existencia de fallos o resoluciones contradictorias en los tribunales³⁸.

El estado actual de desarmonía y caos en lo relativo al ámbito de las consecuencias restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia es patente. Lo que hizo el TS fue intentar ofrecer una solución transaccional que no enojara por completo a ninguna de las dos partes y, poniendo una vela a Dios y otra al diablo, propuso como compromiso transaccional la novedad de una “nulidad sin retroactividad”. Pero el procedimiento técnico elegido era incorrecto, y muy poco convincente el discurso ideológico con el que se quiso presentar en sociedad. La Sala debía haberse dado cuenta de que las soluciones intermedias finalmente no satisfacen a ninguno de los contendientes, especialmente a aquel que actúa movido por un fuerte posicionamiento ideológico³⁹. El resultado de este jaleo de demagogia y de dogmática mala no lo van a pagar, desgraciadamente, los jueces y tribunales que han dictado sentencias que una tras otra serán anuladas en casación, sino los consumidores. De momento, los reclamantes tendrán que pagar sus propias costas en las tres instancias⁴⁰.

Por otro lado, me parece interesante a la par que un planteamiento original, examinar una cuestión prejudicial que está resolviendo actualmente el TJUE en el que un consumidor solicita al Tribunal europeo que se pronuncie sobre si el efecto útil de la Directiva 93/13 implica necesariamente que se genere responsabilidad del Estado porque un órgano judicial no haya aplicado de oficio la normativa europea en materia de cláusulas abusivas, con vistas a solicitar una indemnización por los daños causados. Por

³⁸ PAÑOS PÉREZ, A, «La polémica excepción...» cit., págs. 1315-1334.

³⁹ CARRASCO PERERA, A, «La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación», *Revista CESCO Derecho de consumo*, 3 de marzo de 2014, p.3.

⁴⁰ CARRASCO PERERA, A, «Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que éstos entregaron», *Revista CESCO Derecho de consumo*, nº 14/2015, p.261.

ello, la pregunta que debemos formularnos es: ¿puede ser el Estado español responsable patrimonial frente a los consumidores por la decisión adoptada?⁴¹

Para que la respuesta fuese positiva deberían cumplirse ciertos requisitos: el consumidor debe haber agotado previamente todas las vías judiciales ordinarias que se hallen a su alcance; además, la violación al derecho comunitario debe ser «suficientemente caracterizada». Si examinamos detenidamente estos requisitos llegaremos a la conclusión de que es difícil exigir responsabilidad al Estado por la irretroactividad declarada por el TS ya que son pocos los consumidores que han agotado todas las vías judiciales llegando hasta el TS –por lo que en la práctica, de ser responsable el Estado, pocos recibirían dicha indemnización- y además el hecho de que se hayan formulado hasta siete cuestiones prejudiciales al respecto ya denota cierta confusión acerca de la irretroactividad y plantea dificultades de interpretación, por lo que no sería una cuestión tan clara.

6.2 Cuestiones procesales

Debemos preguntarnos si en el proceso ejecutivo se respeta el principio de igualdad de armas procesales, pues como se ha analizado anteriormente, el ejecutante puede interponer recurso de apelación frente a la sentencia que ordena el sobreseimiento del proceso con independencia de cuál sea la causa de oposición en la que se base, mientras que el ejecutado tiene los motivos tasados, pues sólo puede interponer recurso de apelación cuando el juez de primera instancia no haya acogido la causa de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo.

Ante dicha situación, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm.7 de Avilés, el 14 de noviembre de 2013, planteó varias cuestiones de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del art.695.4 de la LEC por una posible vulneración de los artículos 14 y 24 de la CE al suponer un trato discriminatorio y desigualitario entre las partes ante un

⁴¹ DOMÍNGUEZ RUIZ, L, «La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria» en *Diario La Ley*, N° 8454, 8 de enero de 2015.

mismo acto procesal en un mismo procedimiento⁴². De igual modo, la AP de Castellón, el 2 de abril de 2014, dictó un auto planteando cuestión prejudicial a este respecto ante el TJUE.

Pese a que esta situación a priori nos parezca del todo injusta, no debemos olvidar –tal y como señala el TJUE– que cualquier otro tipo de causa que no sea el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, y en consecuencia, no puede afectar negativamente a la efectividad de la protección del consumidor pretendida por la citada Directiva⁴³.

Es esta misma línea argumental la que acoge el TJUE⁴⁴ para fundamentar que ni la Directiva 93/13 ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE –artículos 7 y 47– se oponen a las disposiciones nacionales, sino que se debe interpretar conforme a lo mencionado en aras de una interpretación armoniosa.

Por lo que se refiere al principio de igualdad de armas contra el uso de cláusulas abusivas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en el marco de un procedimiento ejecutivo, debe ponerse de manifiesto que gracias a la modificación operada del artículo 695 LEC, apartado 4, el sistema procesal español brinda la oportunidad al consumidor de ejercitar acciones judiciales en condiciones que no lo coloquen en una situación de desventaja en relación con el acreedor ejecutante⁴⁵.

*Este es mi Dictamen que someto a la consideración de cualquier otro mejor
fundado en Derecho.*

⁴² DOMÍNGUEZ RUIZ, L, «La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria» en *Diario La Ley*, Nº 8454, 8 de enero de 2015.

⁴³ Apartado 44 del Auto del TJUE de 16 de julio 2015, C-539/2014. La Ley 123768/2015.

⁴⁴ El TJUE se pronuncia con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la AP de Castellón sobre la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas y el procedimiento de ejecución hipotecaria en relación con la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García (C-169/14). La resolución del TJUE (auto Sánchez Morcillo y Abril García C-539/14) motiva que la asimetría existente –consistente en que los consumidores no dispongan en virtud de la LEC del derecho de interponer recurso de apelación contra la resolución que desestima la oposición basada en causas diferentes– es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva.

⁴⁵ Apartado 48 del Auto TJUE de 16 de julio 2015, C-539/2014. La Ley 123768/2015.

I. OTROS MOTIVOS DE OPOSICIÓN

1. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

1.1 Concepto y análisis del caso particular

La cláusula de vencimiento anticipado es aquella que figura en un préstamo hipotecario, por medio de la cual, si el deudor hipotecario deja de pagar las cuotas del préstamo, el Banco se reserva el derecho a resolver el contrato y exigir la devolución de todo el nominal, de todo cuando se deba.

En la CLÁUSULA NOVENA de la escritura se incluye que «Dará derecho a la Entidad acreedora a considerar vencida la deuda en su integridad, exigir el reembolso de las cantidades que se adeuden en tal momento, y ejercitar las acciones que nacen de la presente escritura o de cualquier otra índole que le correspondan, en los siguientes casos:

- a) La falta de pago a sus vencimientos de cualesquiera cantidades estipuladas de intereses o amortización, en la forma pactada, solicitando expresamente las partes la inscripción de este pacto en el Registro de la Propiedad.
- b) El impago por la parte deudora de las contribuciones, tributos, gastos de comunidad o primas del seguro de la finca hipotecada».

Generalmente, la jurisprudencia ha optado por la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, en los préstamos y cuando concurra justa causa⁴⁶ –como por ejemplo el incumplimiento por parte del prestatario de la obligación del abono de las cuotas de amortización del préstamo-. Si bien es cierto, que cuando se está ante contratos de larga duración, como es éste, (en el que se estableció como duración del contrato la de 300 meses contados desde el otorgamiento de la escritura) la cosa cambia.

⁴⁶ SÁNCHEZ – JÁUREGUI LÁZARO, M.A, «Cláusula suelo. Oposición a ejecución hipotecaria por abusividad de cláusulas» en *Economist & Jurist*, Vol.24, N° 200, 2016, págs. 24-40 y 46-53.

Esta cuestión ha sido tratada por el TJUE⁴⁷ el cual ha llegado a la conclusión de que es el juez nacional, a la vista de los parámetros marcados por el TJUE, quien debe apreciar si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva –o no–.

Una vez examinada la cláusula inserta en el contrato se debe concluir la abusividad de la misma sin lugar a dudas, en tanto en cuanto supone un gran desequilibrio entre el profesional y los consumidores, fijando el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, haciéndose depender el efecto exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación por el prestatario, sin hacer depender el impago de un incumplimiento grave, característico de toda resolución contractual. Todo ello comporta la posibilidad del acreedor de declarar vencido el préstamo hipotecario a su voluntad con tan sólo el impago de una sola cuota.

La cuestión clave aquí es determinar si el incumplimiento era suficientemente grave, y lo cierto es que resulta muy complicado calificarlo como tal por entender que era previsible. En todo caso, la cláusula de vencimiento anticipado pactada que faculta a la resolución con un solo incumplimiento, por previsible que fuera, puede ser reputada como abusiva. La posibilidad de vencimiento anticipado por el simple hecho de no afrontar “alguna” de las cuotas, resulta tremendamente desproporcionada, y por ende, abusiva⁴⁸. Así las cosas, la gravedad del incumplimiento debe ponerse en relación con los mecanismos de los que podría disponer la entidad financiera para reclamar la deuda. Carecería de sentido que en el contexto de la crisis económica se entienda como no abusiva una cláusula que permite el vencimiento anticipado de un préstamo con el solo

⁴⁷ La **Sentencia de 14 de marzo de 2013** establece respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en su apartado 73 : « En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

⁴⁸ Artículo 85.4 TRLGDCU y artículo 3 de la Directiva 93/13.

incumplimiento de una cuota, incluso con tres o cuatro incumplimientos, cuando los mismos tienen su origen en circunstancias no previstas por el deudor y conocidas por el acreedor.

Por todo lo anterior, debemos preguntarnos: ¿qué consecuencias acarrearía la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria?

Siendo nula por abusiva, y por ende, inaplicable dicha cláusula, debe significar que no procede moderar sus consecuencias, sino tenerla por no puesta,⁴⁹ lo que debe determinar el sobreseimiento del proceso ejecutivo, sin perjuicio de que el actor ejecutante inste a través del proceso declarativo la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable al ejecutado.

2. CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA

2.1 Concepto y análisis del caso particular

Los intereses de demora son aquellos que se establecen con una finalidad indemnizatoria por los posibles perjuicios causados al acreedor, bien por el incumplimiento de la prestación o por un cumplimiento tardío. El retraso en el pago de las deudas –una vez llegado el vencimiento– supone un claro perjuicio para el acreedor, por lo que la ley lo compensa estableciendo una obligación del deudor consistente en el pago de este tipo de intereses.

En cuanto a su fijación, en ocasiones se deja al libre pacto entre las partes, pero en otras ocasiones, estos intereses los fija la ley⁵⁰. En algunos supuestos, también la jurisprudencia ha tenido que establecer algún límite a su aplicación.

En relación a esta cuestión en la escritura se recoge como **CLÁUSULA OCTAVA**: «La demora en el pago a su vencimiento de las cuotas de amortización o de

⁴⁹ Sánchez-Jáuregui, M.A, «Cláusula suelo. Oposición a ejecución hipotecaria por abusividad de cláusulas» en *Economist & Jurist*, Vol 24, Nº 200, 2016, p. 46-53.

⁵⁰ Artículo 1.108 CC: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

los intereses devengados producirá a favor de la CAJA un interés equivalente al **19 por ciento nominal anual**. Los intereses vencidos y no pagados serán capitalizados a los efectos del artículo 317 del Código de Comercio».

El artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria señala que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

De lo anterior –y dado que en el presente préstamo los intereses de demora ascienden al 19 por ciento– se deriva el carácter abusivo de dicha cláusula y su consiguiente inaplicabilidad. Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, «el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, o cuando no, motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicaría un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio normal».

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015⁵¹, el cual no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH.

Por todo lo anterior, resulta indudable el carácter abusivo de la cláusula, no pudiendo el juez ni moderar los intereses ni recalcularlos, ni aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/13,

⁵¹ «El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, el juez no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula [...] si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 [...] eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales [...]».

debiendo el juez en este caso declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Así, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 18 de febrero de 2016 expone: «La consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil [...]».

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

MANUALES:

ALBALADEJO, M, *Derecho civil I: Introducción y Parte General*, Vol. I, Edisofer, 2009.

ALONSO PÉREZ, M.T, «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados», en *Vivienda y crisis económica* M^a Teresa Alonso Pérez (dir.), Aranzadi, 2014.

CÁMARA LAPUENTE, S, *El control de las cláusulas « abusivas » sobre elementos esenciales del contrato*. Aranzadi, 2006.

HERNÁNDEZ SÁINZ, E, «El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios», en *Vivienda y crisis económica*, M^a Teresa Alonso Pérez (dir.), Aranzadi, 2014.

LACRUZ BERDEJO, J.L, *Elementos del Contrato. Obligaciones y contratos*. Vol II, Dykinson, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C (coord.), *Curso de Derecho Civil II. Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Vol. I, 4^a edic., Colex, agosto 2016.

MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, autor-editor, Cádiz, 2002.

REVISTAS:

CARRASCO PERERA, A, «Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que éstos entregaron», *Revista CESCO Derecho de consumo*, nº 14/2015, p.261.

CARRASCO PERERA, A, «La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación», *Revista CESCO Derecho de consumo*, 3 de marzo de 2014, p.3.

CARRASCO PERERA, A. «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p.145.

DOMÍNGUEZ ROMERO, D, «Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios» en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero 2016, págs. 3-17.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L, «La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria» en *Diario La Ley*, Nº 8454, 8 de enero de 2015.

GIMÉNEZ BELÍO, D, «Irretroactividad y cláusula suelo: ¿responderá el Estado español de la decisión del Tribunal Supremo?» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 920, 2016, pág. 13.

MUÑOZ GARCÍA, C «La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España» en *Diario La Ley*, Nº 8799, 2016.

ORDOÑEZ SOLÍS, D, «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en *Cuadernos europeos de Deusto*, Nº 54, 2016, págs. 269-303.

PAÑOS PÉREZ, A, «La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo» en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 755, 2016, págs. 1315-1334.

SÁNCHEZ – JÁUREGUI LÁZARO, M.A, «Cláusula suelo. Oposición a ejecución hipotecaria por abusividad de cláusulas» en *Economist & Jurist*, Vol.24, N° 200, 2016, págs. 24-40 y 46-53.

SÁNCHEZ – JÁUREGUI LÁZARO, M.A, «Cláusulas suelo y comisiones abusivas: Aspectos prácticos» en *Economist & Jurist*, Vol.24, N° 200, 2016, págs. 34-40.

VÁZQUEZ MORAGA, Y, «A vueltas con las cláusulas suelo. Reflexiones en torno al acuerdo de los magistrados de lo mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014», en *Economist & Jurist*, Vol.23, N° 188, 2015, págs. 30-35.

PÁGINAS WEB:

- El blog del derecho. Ramiro Navarro, www.ramironavarro.com, consultado el 2 de noviembre de 2016.

JURISPRUDENCIA :

EUROPEA:

Auto del TJUE, Sala sexta, C-602/2013, 11 de junio de 2015, LA LEY 86873/2015

Auto del TJUE C-539/2014, 16 de julio 2015, LA LEY 123768/2015

STJUE C-618/2010, Sala Primera, 14 de junio de 2012, LA LEY 70591/2012

STJUE C-415/11, Sala Primera, 14 de marzo de 2013, LA LEY 11269/2013

NACIONAL:

STS 118/2012, Sala Primera, 13 de marzo de 2012, LA LEY 44084/2012

STS 241/2013, Sala Primera, 9 de mayo de 2013, 241/2013, LA LEY 34973/2013

STS 464/2014, Sala Primera, 8 de septiembre de 2014. LA LEY 143790/2014

STS 705/2015, Sala Primera, 23 de diciembre de 2015, LA LEY 204975/2015

STS 79/2016, Sala Primera, 18 de febrero de 2016, LA LEY 8157/2016

Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº2 de Zaragoza, 27 de abril de 2015. LA LEY 43640/2015

Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid, 7 de abril de 2016. LA LEY 20573/2016